La promesse de vente et l'offre de contracter

Dans une société où tout est organisé sous forme contractuelle, que ce soit de manière formelle ou non, il est important de savoir comment s'assurer que notre convention sera exécutée par notre cocontractant. Et c'est là la mission du droit des contrats qui tente de poser des règles qui protègent les parties contre la non-exécution des conventions par le partenaire contractuel.
Mais avant même d'en arriver à la mise en œuvre du contrat, il faut guider les parties lors de sa conclusion. Le droit civil propose alors des avant-contrats qui servent à conclure une convention définitive dans un avenir plus ou moins proche.
Ces avant-contrats contiennent des degrés d'engagement variables selon leurs intérêts et leurs enjeux, et surtout selon la protection dont nécessitent les parties. Dès lors chaque type d'avant-contrat se distingue des autres mais on remarque des liens, parfois proches, qu'il convient d'analyser. Car lorsqu'on peut confondre deux types d'avant-contrat, il y a un danger pour les parties de voir leur partenaire demander une requalification qui peut entraîner la nullité du contrat, et laisser l'engagement à la libre appréciation de la partie la plus forte.
Cette confusion existe entre la promesse de vente, avant-contrat par lequel une personne s'engage à vendre un bien à des conditions acceptées par le bénéficiaire, et l'offre de contracter, fait par lequel une personne propose à un tiers la conclusion d'une convention.
Chacun de ces deux avant-contrats contient des enjeux différents et des buts distincts, mais la pratique tend à les rapprocher, en particulier la jurisprudence.
Ainsi, force est de constater que la distinction entre les deux termes est de plus en plus délicate (I), et que ceci n'est pas sans conséquence sur l'intérêt pratique de conclure des avant-contrats(II)

I / Une distinction de moins en moins précise entre la promesse de vente et l'offre de contracter.

Il s'agira de voir en quoi, au départ, la distinction était claire (A), pour ensuite être brouillée par une pratique jurisprudentielle largement contestée (B)

A / Une distinction initialement claire et posée.

Avant toute explication sur la notion même des deux termes abordés, il convient de donner la définition propre à chacun d'entre eux.
La promesse de vente est un avant-contrat par lequel une personne s'engage à vendre un bien à des conditions acceptées par le bénéficiaire. On a donc affaire à un contrat qui sera régi par le code civil et qui devra donc répondre aux conditions générales de formation des contrats.
Le terme d'avant-contrat peut donc paraître trompeur. Il désigne en fait l'idée que ce contrat, la promesse de vente, va aboutir à la conclusion d'un contrat de vente.
L'offre de contracter est le fait par lequel une personne propose à un tiers de conclure une convention. On quitte avec cette définition le domaine des contrats puisque l'on parle de « fait » Il n'y a donc aucune obligation de respect des conditions de formation du contrat. L'offre est libre sur le plan de sa nature.
On ressent bien là la différence entre les deux notions et ceci en ne faisant qu'une simple lecture de leurs définitions.

Mais il ne faut pas s'arrêter là. Si les définitions sont clairement distinguées c'est que les rôles de la promesse de vente et de l'offre sont tout aussi différents.

La promesse semble en effet engager plus largement le promettant : celui-ci promet concrètement de vendre un bien à une personne, le bénéficiaire (qui peut lui aussi s'engager à acheter selon que l'on se trouve dans une promesse synallagmatique ou unilatérale)
Autrement dit, il réserve son bien à cette seule personne jusqu'à ce que celle-ci se décide à acquérir le bien proposé. En théorie donc, le promettant est déjà engagé dans le contrat, et la responsabilité qui en découle en cas de non-respect de son engagement est une responsabilité contractuelle. La fonction de la promesse est alors de garantir au bénéficiaire qui l'a accepté d'acquérir le bien quoiqu'il advienne. Le maître mot d'une telle promesse est l'exécution de bonne foi des conventions. La promesse de vente, si on doit la classer sur une échelle hiérarchique est au-dessus de l'offre de contracter.
En effet, cette dernière n'est pas un contrat et l'on peut donc supposer que le pollicitant ne s'engage pas à exécuter un contrat. Il ne s'engage qu'à conclure un contrat. D'ailleurs les conditions requises pour que l'offre soit juridiquement valable parlent d'elles même : l'offre doit être ferme et précise, c'est-à-dire qu'elle doit montrer une volonté du pollicitant à s'engager en cas d'acceptation du bénéficiaire de l'offre, et elle doit contenir les éléments qui figureront dans le futur contrat. Ceci montre que la volonté de la partie qui émet l'offre n'est pas d'exécuter un contrat mais de trouver un partenaire contractuel pour la conclusion d'une convention.
Cette distinction relative au but de la promesse et de l'offre se remarque aussi dans le formalisme requis pour les conclure. La promesse doit contenir tous les éléments relatifs au contrat de vente, à savoir un accord sur la chose et sur le prix, mais parfois les conditions sont plus strictes. C'est le cas pour les promesses unilatérales de vente portant sur un bien immobilier : il y a une obligation d'enregistrement dans les dix jours de l'acceptation de la promesse, fixée par l'article 1840A du code général des impôts. Pour faire simple, la promesse doit contenir tous les éléments de validité du contrat, fixés par le code civil, ainsi que d'autres formalités éventuellement ordonnées par le législateur.
En revanche pour l'offre de contracter, les seules conditions sont la fermeté de l'offre et sa précision quant au bien concerné par la vente. Ainsi le pollicitant s'engage à conclure le contrat dès que le bénéficiaire aura accepté l'offre. Mais il est clair que le pollicitant n'a aucun devoir de garder l'objet à disposition du bénéficiaire le temps que celui-ci se décide à acquérir. Il a juste un devoir de maintenir l'offre pendant un délai raisonnable.

La distinction est posée en théorie, mais le juge a adopté une position qui rend les choses beaucoup plus floues quant à cette frontière entre la promesse de vente et l'offre de contracter.

B / La frontière brouillée par la jurisprudence.

C'est le juge qui va amener à se poser la question de l'intérêt de conclure une promesse de vente à la place d'émettre une offre de contracter.
En effet, dans un arrêt du 15 décembre 1993, rendu par la troisième chambre civile de la cour de cassation, confirmé par un arrêt de la même chambre, du 26 juin 1996, le juge a considérablement changé la donne : il admet que « tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettant, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »
Ainsi cette décision autorise le promettant à retirer son consentement et ceci tant que le

bénéficiaire n'a pas levé l'option, alors que le délai d'option n'a pas expiré.
Or, il est simple de constater que cette solution est celle de l'offre, qui a pour principe la libre révocation du pollicitant dès lors que l'offre a été maintenue pendant un délai raisonnable. Et encore, nous le verrons par la suite, l'offre assortie d'un délai ne permet pas en principe au pollicitant de se rétracter.

Cet arrêt a beaucoup été critiqué par la doctrine et en particulier par Denis Mazeaud, qui fait comprendre sa surprise face à une telle position de la Cour de cassation. Il met le point en particulier sur le fait que la distinction n'a plus aucun intérêt puisque le juge refuse de mettre en œuvre une quelconque exécution forcée.
En, effet la conséquence de ces arrêts est que tant que l'option n'est pas levée (à un moment où le promettant maintien toujours son consentement), il n'y a qu'une simple obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts. Le problème avec cette solution est la qualification de l'obligation de faire qui est celle que l'on retrouve dans l'offre et qui ne permet qu'un règlement en dommages-intérêts. En effet dans l'offre de contracter, la seule obligation du pollicitant est de maintenir son offre pendant un délai raisonnable, et non pas de maintenir un consentement à une vente qui aurait pour but de garantir à une personne qu'elle pourra acquérir un bien dès la levée d'option. Donc ici l'obligation de faire (ou de ne pas faire) est indiscutable.
En revanche, pour la promesse de vente, le seul élément qui manque à la vente est le consentement du bénéficiaire à acquérir le bien que le promettant s'est engagé à lui vendre. Donc on comprend mal pourquoi ici l'obligation ne serait pas de donner, puisque c'est purement et simplement ce à quoi le promettant s'est engagé. En retenant une obligation de faire (à savoir obligation de conserver le bien à la disposition du bénéficiaire), le juge rapproche indiscutablement la promesse de vente de l'offre de contracter.

Cette distinction entre promesse de vente et offre de contracter, nettement moins claire depuis cette jurisprudence, joue sur la pratique et sur l'intérêt même de conclure des avant-contrats. On détecte aujourd'hui une modification de leur utilité qu'il est indispensable d'exposer.

II / Une utilité commune à l'offre et à la promesse mais considérablement affaiblie.

Il s'agira ici de voir en quoi la promesse de vente et l'offre de contracter ont un rôle beaucoup moins protecteur pour le bénéficiaire, mais il faudra relativiser cette situation en relevant l'intérêt qui demeure dans la conclusion de ces avant-contrats.

A / La protection limitée du bénéficiaire.

Le bénéficiaire d'une promesse de vente on l'a vu, suite aux arrêtes de 1993 et 1996, ne permet plus aucune garantie face à la rétractation du promettant. Celui-ci peut en effet retirer son consentement qui est normalement fixé de manière définitive. En effet la promesse n'a besoin, pour devenir un contrat de vente, que du consentement du bénéficiaire. Cette libre rétractation pendant le délai et avant la levée d'option laisse la promesse de vente à l'entière discrétion du promettant, exactement comme l'offre de contracter.
Certes, cette offre n'a pas subi de diminution de son niveau de protection, mais c'est la promesse qui s'est mise à son niveau.
Le principe de la Cour de cassation qui prévaut est celui du consensualisme et de la formation du contrat par la rencontre des volontés. La rétractation revenant sur la volonté de contracter

du promettant, empêche la rencontre simultanée des deux volontés, ce qui rend impossible la conclusion du contrat.
Donc on peut élargir cette théorie à tous les engagements possibles et imaginables, selon lesquels, dès qu'un des contractants ne désir plus s'engager pour telle ou telle raison, la rencontre des volontés est impossible et le contrat n'a plus lieu d'être.
On ne peut que constater l'énorme insécurité juridique dans laquelle se trouvent les parties.

Par ailleurs cette situation renforce l'idée que quand un contractant n'exécute pas ou plus son obligation, rien ne viendra fonder l'action de celui qui est dans l'attente de l'exécution du contrat. Et c'est ce qui s'est vu dans les arrêts de 1993 et de 1996, car le juge ayant retenu une obligation de faire du seul fait que l'option n'était pas levée, n'a pas admis l'exécution forcée de la vente, et n'a autorisé que la réparation en dommages-intérêts.
Aucun recours ne permet donc au bénéficiaire de faire exécuter son obligation, telle qu'il est en droit de l'exiger, aux vues de la définition et de la nature même de la promesse de vente.
On peut par conséquent conclure à une inutilité complète de la distinction entre l'offre de contracter et la promesse de vente, puisque cette dernière a des conditions de formation beaucoup plus lourdes que l'offre, surtout en matière immobilière, alors qu'elle ne garanti pas plus de protection au bénéficiaire qu'une simple offre de contracter, qui elle est beaucoup moins formaliste pour être juridiquement valable.

Cependant, on peut dire qu'il demeure un intérêt dans la conclusion des avant-contrats, en dehors de toute distinction entre eux.

B / La protection des avant-contrats entraînée par la jurisprudence.

Tout d'abord, si on se place dans l'optique de la Cour de cassation, on peut tirer une leçon de ce consensualisme. En effet, si les contrats sont « libres », on peut tout à fait imaginer que les parties peuvent introduire des clauses ou des formulations leur garantissant une meilleure protection. Dès lors on pourrait voir des clauses imposant non pas un délai d'option mais un délai de maintien de l'offre : ceci existant dans la promesse (ce qui a permis de transférer la promesse aux héritiers après le décès du promettant pendant le délai), que dans l'offre (ce qui a entraîné exactement les mêmes conséquences : arrêt du 10 décembre 1997, civ.3)
Ainsi on peut penser que la Cour de cassation a par cette position contestable, voulu éclairer les parties sur l'explicitation de leur volonté dans des clauses insérées dans le contrat. En effet l'article 1134 du code civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » Dès lors le juge saisi d'un litige devra mettre en œuvre une exécution forcée de la vente pour le bénéficiaire qui aura levé l'option pendant le délai de maintien de l'offre, alors que le promettant se serait rétracté malgré son engagement dans la promesse. Car après la levée d'option, il est clair que l'obligation de faire se transforme en obligation de donner qui autorise une exécution forcée de la vente.
En revanche, pour l'offre de contracter, si rétractation il y a pendant ce délai de maintien de l'offre, il est clair que le juge ne pourra ordonner que le paiement de dommages-intérêts, car cette offre est une obligation de faire qui ne peut donner lieu à une exécution forcée. Et puis vu l'attitude du juge, on le voit mal imposer la conclusion d'un contrat, alors que les parties n'étaient tenus que d'une obligation de faire.
Mais l'offre a gagné une plus grande protection dans un arrêt qui décide que le décès du pollicitant pendant le délai de maintien de l'offre n'a aucune conséquence sur l'offre elle-même. Elle sera transmise aux héritiers. Donc si le bénéficiaire accepte l'offre après le décès, pendant le délai d'option, le contrat doit être conclu.

En définitive il faut retenir que la promesse de vente et l’offre de contacter ont un intérêt réel à intervenir avant le contrat lui-même, dès lors qu’il y a des clauses particulières précises qui pourront s’imposer au juge au moment d’un éventuel litige.